



HYGOR DOS SANTOS MONTEIRO

Tema: (Des) cabimento dos Honorários advocatícios na Justiça do Trabalho e suas limitações

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

**BRASÍLIA,
FEVEREIRO 2015**

HYGOR DOS SANTOS MONTEIRO

(Des) cabimento dos Honorários advocatícios na Justiça do Trabalho e suas limitações

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília, 25 de fevereiro de 2015.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

RESUMO

Este trabalho analisa a possibilidade de ocorrer, nas ações trabalhistas decorrentes de relação de emprego, a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em face da mera sucumbência, independentemente de a parte vencedora ser, ou não, beneficiária da assistência judiciária e de subsistir, ou não, o *jus postulandi* das partes no direito processual do trabalho. Discussão acentuada em razão da ampliação da competência da Justiça do Trabalho que põe em evidência a dificuldade prática e teórica de se manter o entendimento sobre a sucumbência e suas consequências naquelas demandas trabalhistas. Examina-se pontos como: a cronologia da relação sucumbência e honorários advocatícios no ordenamento jurídico e sua inserção no Direito do Trabalho; o *jus postulandi* como importante instrumento de acesso à justiça, dentre outros. Por fim, elabora-se, uma breve análise do Projeto de Lei nº 3.392/2004 referente a adoção do *jus postulandi*, como exceção, e a sucumbência na Justiça do Trabalho, como regra.

Palavras-chave: *Jus Postulandi*. Honorários Sucumbenciais. Acesso à justiça. Projeto de Lei 3.392/2004

Abstract: This paper analyzes the possibility to occur in the labor claims arising from the employment relationship, an order that the losing party to pay lawyer's fees in the face of mere collapsing, regardless of the successful party is, or not, the recipient of legal aid and stand or not *jus postulandi* party to the procedural labor law. Sharp discussion due to the expansion of the jurisdiction of the Labor Court that highlights the practical and theoretical difficulty in maintaining the understanding of collapsing and its consequences in those labor demands. It examines aspects such as the chronology of the relationship collapsing and lawyer's fees in the legal system and its insertion in the labor law; *jus postulandi* as an important instrument of access to justice, among others. Finally, is elaborated, a brief analysis of draft Bill 3.392/2004 on the adoption of *jus postulandi*, as an exception, and the losing party in the labor courts, as a rule.

Keywords: *Jus postulandi*. Fees of defeat. Access to justice. Draft Bill 3.392/2004

Sumário

INTRODUÇÃO	5
1. HONORÁRIOS DE ADVOGADO NO PROCESSO CIVIL.....	7
1.1 Sucumbência	8
1.2 A Evolução da sucumbência no CPC e a Lei nº 1.060/50.....	9
2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RAZÃO DA SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO	13
2.1 O <i>jus postulandi</i> das partes e do advogado	13
2.2 O <i>jus postulandi</i> das partes e os honorários advocatícios sucumbenciais.....	15
2.3 O <i>jus postulandi</i> e delimitações.....	18
2.4 A importância do advogado no Direito do Trabalho	23
3. Assistência e acesso à justiça por meio do <i>jus postulandi</i>	28
3.1 Obstáculos ao acesso à justiça.....	28
3.2 Diferenciação entre os mecanismos de acesso à Justiça.....	34
3.3 Assistência Judiciária Gratuita na Justiça do Trabalho	41
3.4 Breve análise dos Projetos de Lei 3.392/04, 7.642/2006 e 1.676/07, <i>jus postulandi</i> formalmente uma exceção.....	43
Conclusão	47
Referências	49

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende estudar a possibilidade de, nas ações trabalhistas decorrentes de relação de emprego, condenar a parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em face da mera sucumbência, independentemente de a parte vencedora ser, ou não, beneficiária da assistência judiciária e de subsistir, ou não, o *jus postulandi* das partes no direito processual do trabalho.

Esta discussão deve ser retomada, uma vez que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 põe em evidência a dificuldade prática e teórica de se manter o entendimento que até hoje predominou na doutrina e na jurisprudência a respeito da matéria. Além da crescente complexidade do direito do Trabalho e do processo do Trabalho torna o exercício do *jus postulandi*, hoje, uma exceção, porém tratada como regra no âmbito desta justiça especializada.

O primeiro capítulo busca traçar, além de alguns conceitos do que é sucumbência, a aplicação deste princípio na evolução honorários advocatícios no direito processual civil, passando pelo CPC de 1939, pela Lei nº 1.060/50, pela Lei nº 4.632/65 e pelo CPC de 1973.

O segundo capítulo aborda o *jus postulandi* como fator excludente da possibilidade da condenação em honorários sucumbenciais e a posição predominante da jurisprudência e doutrina. A sobrevivência do *jus postulandi* frente à Constituição de 1988 e à Lei nº 8.906/94. Discorre, também, sobre outras teses de exclusão dos honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho. Busca mostrar que à luz da realidade atual, a capacidade postulatória das partes se tornou uma exceção em função da crescente complexidade do direito do trabalho e do processo do trabalho, o que torna cada vez mais indispensável o concurso de advogado para ter maiores chances de êxito na demanda laboral. Por fim, corroborando com a linha

daqueles que defendem os honorários pela mera sucumbência cabe elencar os projetos de Lei nº 3.392/04 e nº 7.642/2006, que trará inovações para a matéria.

No terceiro capítulo é abordada assistência jurídica, assistência judiciária e gratuidade de justiça como mecanismos de acesso à justiça, bem como obstáculos sondam esse acesso. As hipóteses em que permite os honorários advocatícios na Justiça do Trabalho. Passando pela aplicação da Lei nº 1.060/50 no processo do trabalho à superveniência da Lei nº 5.584/70. Abordando, ainda, os modos de prestação de assistência judiciária no âmbito trabalhista e seu problema.

A importância social e jurídica do tema é patente, pois ele é do interesse de praticamente todos os jurisdicionados da Justiça do Trabalho e envolve questão que requer enfrentamento quase diário dos processos que tramitam na Justiça do Trabalho.

1. HONORÁRIOS DE ADVOGADO NO PROCESSO CIVIL

O termo honorário advocatício tem sua origem longínqua, em Roma o “vencedor” de uma lide destinava ao seu patrono prêmio, honraria, de forma que surge o termo *honorarius*. Nos dizeres de Sérgio Pinto Martins¹ o “Honorário tem o significado de prêmio ou estipêndio dado ou pago em retribuição a certos serviços profissionais”.

Os honorários advocatícios têm duas origens: a primeira em relação a parte que contrata o advogado; e a segunda em razão da sucumbência processual, de forma que podemos dividir os mesmos em honorários contratuais e honorários decorrentes da sucumbência, os quais pertencem ao causídico, sem embargos de posicionamentos divergentes.

Os honorários contratuais decorrem da pactuação entre uma das partes (autor ou réu), e de outra o profissional que irá representá-las em juízo.

Já os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência são balizados pelo Código de Processo Civil brasileiro que fixa percentual de 10% a 20% sobre o valor da condenação.

Há diversos critérios a serem utilizados para valoração do *quantum* dos honorários advocatícios que é devido ao advogado da parte vencedora, tais como: (a) o grau de zelo do profissional, (b) o lugar de prestação do serviço, (c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 27ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 373.

1.1 Sucumbência

No Direito Processual, é denominada sucumbente a parte vencida no processo. Segundo o princípio da sucumbência, a parte vencida responde pelo pagamento das despesas processuais e, também, dos honorários advocatícios do patrono da parte adversa.

Sobre o princípio da sucumbência Chiovenda destaca que:

(...) a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetivou; por ser do interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante².

O fundamento do princípio, portanto, é o seguinte: não é razoável que a parte vencedora no processo, para ter seu direito resguardado ou buscar o direito violado, sofra diminuição do seu patrimônio para pagar as despesas necessárias a sua defesa, sendo responsável aquele que deu causa as despesas.

Em outras palavras Chiovenda sustenta que para quem o direito há de ser reconhecido seja no momento da ação, seja na lesão: tudo que foi necessário ao seu reconhecimento e concorreu para diminuí-lo deve ser recomposto ao titular do direito.

Conclui-se que a condenação do vencido nas despesas processuais, como corolário da declaração de determinado direito, não poderia sofrer influência desse direito, tendo natureza de ressarcimento ao vencedor.

Em síntese, a condenação nas despesas processuais está na sucumbência pura e simples, não importando a intenção ou o comportamento do sucumbente quanto à má-fé ou culpa, residindo no fato objetivo da derrota que a legítima.

² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 2009. p. 1177.

Neste ponto, é oportuno destacar que o princípio da sucumbência, por si só, não é suficiente para suprir todas as possibilidades do cotidiano jurídico³ que serve como elemento norteador ao princípio da causalidade. Este, por sua vez, se funda na premissa de que aquele que deu causa à movimentação do aparato Judiciário, do processo judicial, deve arcar com as suas despesas. Sobre o tema ensina o Cândido Rangel Dinamarco:

Só por comodidade de exposição alude-se à sucumbência como critério para atribuir o custo final do processo a uma das partes, sabendo-se, no entanto que essa é apenas uma regra aproximativa, ou mero indicador do verdadeiro critério a prevalecer, que é o da causalidade: deve responder pelo custo do processo, sempre, aquele que houver dado causa a ele ao propor uma demanda improcedente ou sem necessidade, ou ao resistir a ela sem ter razão⁴.

Dessa forma, o princípio da causalidade amplia o conceito do princípio da sucumbência, aliás, eles se complementam, pois esta reside na causalidade.

1.2 A Evolução da sucumbência no CPC e a Lei nº 1.060/50

A inserção do princípio da sucumbência no processo civil brasileiro ocorreu de forma gradual.

Primeiramente, o Código de Processo Civil de 1939, nos arts. 52 e seguintes, tratavam da responsabilidade das partes pelo pagamento das custas e despesas processuais, e previa, no art. 59, em regra, o direito da parte vencedora ao reembolso das despesas do processo. Adotou-se, portanto, o princípio da sucumbência no tocante às despesas processuais.

³ A título de exemplo segue situação hipotética da aplicação da causalidade ao invés da sucumbência, propriamente dita: o caso do processo extinto sem resolução do mérito por ilegitimidade de parte não há sucumbência o que impossibilita a aplicação do princípio da sucumbência.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 92/93.

Contudo o Código aplicava o princípio da sucumbência quanto aos honorários advocatícios somente nas hipóteses dos arts. 63⁵ e 64⁶, ou seja, só admitia-se a condenação em honorários de advogado em caso de litigância de má-fé da parte vencida ou em ação resultante de dolo ou culpa da parte demandada, não permitindo a aplicação genérica do princípio.

Com a edição da Lei nº 1.060/50, que estabeleceu normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, seu art. 11; estatuiu que os honorários de advogado e peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciários seriam pagos pelo vencido quando o beneficiário da assistência vencedor na causa.

Tal disposição revelava apenas mais uma exceção à regra geral, ou seja, não era cabível o deferimento de honorários advocatícios de sucumbência. Comprovado pelo § 2º do mesmo art. 11 o qual dispunha que: a parte vencedora, perdendo na condição legal de necessitada, poderia acionar a parte vencida para reaver as despesas do processo, inclusive os honorários do advogado.

Apenas com a Lei nº 4.632/65 é que o art. 64 do CPC de 1939 foi alterado no sentido de passar a valer a condenação da parte vencida em honorários advocatícios pela simples sucumbência, independentemente de má-fé ou de ação de dolo ou culpa, apresentando a seguinte redação:

Art. 64. A sentença final na causa condenará a parte vencida ao pagamento dos honorários do advogado da parte vencedora, observado, no que for aplicável, o disposto no art. 55.

§ 1º Os honorários serão fixados na própria sentença, que os arbitrará com moderação e motivadamente.

§ 2º Se a sentença se basear em fato ou direito superveniente, o juiz levará em conta essa circunstância para o efeito da condenação nas custas e nos honorários.

⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil de 1939**. “Art. 63. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.”

⁶ BRASIL. **Código de Processo Civil de 1939**. “Art. 64. Quando a ação resultar de dolo ou culpa, contratual ou extra-contratual, a sentença que a julgar procedente condenará o réu ao pagamento dos honorários do advogado da parte contrária.”

Tal orientação foi mantida pelo CPC de 1973 (Lei nº 5.869, de 11.01.1973) o qual, também, estipulou critérios mais objetivos para a fixação dos honorários, como se verifica do teor dos artigos 20 e 21, cuja redação atual é a seguinte:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

§5º Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (art. 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2º do referido art. 602, inclusive em consignação na folha de pagamentos do devedor.

Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

No processo civil em vigência a aplicação do princípio da sucumbência de modo a abranger os honorários advocatícios, é a regra geral.

Interessante destacar que o art. 55 da Lei nº 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, estabelece exceção ao dispor que a sentença

de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvado os casos de litigância de má-fé, remetendo aos ensinamentos dos artigos 63 e 64 do CPC de 1939.

No âmbito do processo do trabalho, a questão dos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência sempre foi um assunto controverso, essencialmente em razão da capacidade postulatória reconhecida às partes.

2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RAZÃO DA SUCUMBÊNCIA NO PROCESSO DO TRABALHO

Como visto, os honorários advocatícios sucumbenciais são bem delimitados no âmbito do Código do Processo Civil, não provocando inquietudes quanto a sua exigência em decorrência da sucumbência das partes envolvidas na lide.

Contudo, no âmbito do Processo do Trabalho, tal asserto não existe tendo em vista a figura do *jus postulandi* das partes e a faculdade em juízo sem a presença do advogado.

2.1 O *jus postulandi* das partes e do advogado

A capacidade postulatória, de modo simplista, é a capacidade técnico-formal para praticar, em juízo, atos necessários para exercer o direito de ação.

Em regra, este instituto é ostentado pelo advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil e pelos Membros do Ministério Público. Diz respeito à segurança de confiar a defesa de interesses a quem está tecnicamente preparado para tanto⁷, como disposto no art. 36 do Código de Processo Civil.

No Processo do Trabalho, há a figura do *Jus Postulandi* que faculta ao empregado e ao empregador o pleiteio do seu respectivo direito em juízo, sem

⁷ BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

necessariamente constituir um advogado, podendo praticar pessoalmente os atos, antes restritos às pessoas acima mencionadas. Em outras palavras: ocorre uma mitigação da capacidade postulatória, em regra do advogado, tendo como nítido objetivo garantir uma maior eficácia do direito de acesso à justiça.

Tal capacidade é conferida às partes pelos artigos 791, §§ 1º e 2º, e 839, da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) e, amparado nestes dispositivos consolidados, Sérgio Pinto Martins define que:

Jus Postulandi é uma locução latina que indica o direito de falar, em nome das partes, no processo.

No processo do trabalho, *jus postulandi* é o direito que a pessoa tem de estar em juízo, praticando pessoalmente todos os atos autorizados para o exercício do direito de ação, independentemente do patrocínio de advogado.⁸

Este autor também distingue a capacidade postulatória e o *jus postulandi* possuem noções diferentes. Sendo a primeira referente ao sujeito (quem postula) e o segundo ao exercício do direito possibilitado pela capacidade de estar em juízo.

Neste ponto, é importante fazer uma breve distinção entre capacidade de ser parte⁹, capacidade de estar em juízo¹⁰ e capacidade de postular. A primeira é a capacidade de adquirir direitos e exercê-los, seja por outrem ou por si. A segunda é a capacidade processual. A terceira é a possibilidade de requerer pessoalmente e praticar os atos processuais, que no processo civil são, geralmente, de responsabilidade dos advogados.

⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.185.

⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2014. p.473.

¹⁰ *Ibidem*. p.474.

2.2 O *jus postulandi* das partes e os honorários advocatícios sucumbenciais

A Consolidação das Leis do Trabalho foi instituída no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Nesta época, vigia o Código de Processo Civil de 1939, o qual não adotava capacidade postulatória às partes, exigindo-lhes, como condição para ingressarem em juízo, além da capacidade legal¹¹, a outorga de mandato escrito a advogado legalmente habilitado¹². Não havia previsão autorizadora de condenação em honorários advocatícios sucumbenciais no âmbito do processo civil, apesar de obrigatoria a representação por advogado.

Neste contexto, a CLT, no art. 791¹³, vigente até hoje, faculta às partes o direito de postular em juízo sem a assistência ou representação de advogado no intuito de facilitar o acesso à Justiça. Aspecto que atendia à linha mestra do princípio da simplicidade¹⁴, presente nas normas trabalhistas.

¹¹ É importante não confundir capacidade postulatória com capacidade processual. Esta se refere à capacidade de estar em juízo independentemente de assistência ou representação. Já a capacidade postulatória é a capacidade (capacidade técnica-formal - inscrição na OAB) conferida pela lei aos advogados para praticar atos processuais em juízo, sob pena de nulidade do processo, de acordo com os artigos 1º e 3º da Lei 8.906/94.

¹² BRASIL. **Código de Processo Civil**. “Art. 106. O ingresso das partes em juízo requer, além da capacidade legal, a outorga de mandato escrito a advogado legalmente habilitado. § 1º Será, porém, facultada as partes a defesa dos seus direitos, quando tiverem habilitação legal, ou no caso de falta de advogado no lugar, ou recusa ou impedimento dos que houver. § 2º Em caso de assistência judiciária ou de nomeação do advogado pelo juiz, será dispensada a outorga de mandato do assistido, não podendo, porém, o patrono, sem prévia autorização escrita do assistido, praticar os atos ressalvados no art. 106.”

¹³ BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final. § 1º - Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. § 2º - Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado. § 3º A constituição de procurador com poderes para o foro em geral poderá ser efetivada, mediante simples registro em ata de audiência, a requerimento verbal do advogado interessado, com anuência da parte representada. (Incluído pela Lei nº 12.437, de 2011).

¹⁴ O princípio da simplicidade decorre dos princípios da oralidade e instrumentalidade. Este diz que “o processo não é um fim em si mesmo”, o processo é instrumento da justiça pelo qual o Estado presta a jurisdição, solucionando conflitos e contribuindo para a pacificação da ordem social. Já a oralidade há um predomínio da discussão oral da causa, por exemplo, na produção de prova, tal princípio ganha maior evidência nas audiências trabalhistas. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr., 2011. p. 69,77 e 88.

Essa inovação da figura do *jus postulandi* inserida pela CLT apresentava íntima relação com o processo administrativo trabalhista quando não havia a Justiça Especializada do Trabalho e tais processos tramitavam junto ao Ministério do Trabalho.

Assim, no início da vigência da CLT, não se cogitava a condenação em honorários advocatícios. Mas, em função de haver previsão legal no CPC, havia uma persistente polêmica no processo do trabalho, em razão da faculdade conferida às partes quanto à assistência de advogado ao postular em juízo.

Objetivando justificar a não aplicação geral da sucumbência dos honorários advocatícios no processo do trabalho, surgiram alguns posicionamentos.

O princípio da sucumbência não é compatível com o direito processual do trabalho. Esta posição prevaleceu por força do *jus postulandi* facultado às partes pelo art. 791 da CLT, bem como pelo princípio da gratuidade do processo¹⁵ como facilitador da acessibilidade do acesso à justiça¹⁶. Assim, pondera Wagner Giglio¹⁷:

Ora, tal princípio (o da sucumbência) é tido como inaplicável ao processo trabalhista, por incompatibilidade com outro princípio, o da gratuidade dos processos, que vigora no Direito de Processual do Trabalho. Para que as partes não ficassem oneradas pelas despesas com honorários de advogado, facultando-se que elas intervissem diretamente no processo, sem intermediação de procurador. E não seria razoável, assim sendo, que o vencido sofresse condenação no ressarcimento de despesa desnecessária, efetuada pelo vencedor.

Com base neste raciocínio tanto o trabalhador como o empregador, tendo a faculdade em valer-se do *jus postulandi*, todavia, resolve contratar um advogado para postular em sua defesa, não poderá impor este ônus à parte adversa vencida, pois isto seria um abuso. Em outras palavras, se há *jus postulandi* não há sucumbência quanto aos honorários advocatícios, a figura do advogado é mero preciosismo da parte.

¹⁵ O princípio da gratuidade do processo decorre do princípio da proteção, que é inerente ao processo do trabalho.

¹⁶ O princípio constitucional do amplo acesso à justiça foca na garantia da plena cidadania.

¹⁷ GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**/ Wagner D. Giglio, Claudia Giglio Veltri Corrêa. – 16ª ed. rev., ampl., atual. e adaptada. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 161.

Para Valentin Carrion, numa visão mais legalista, expõe que mesmo que entendesse pela indispensabilidade do advogado, devido ao tecnicismo da matéria, os honorários advocatícios não seriam devidos, sob o argumento de não há previsão específica no processo do trabalho do princípio da sucumbência e a aplicação deste princípio, previsto no âmbito processual civil, não seria compatível com este ramo processual do trabalho:

Os honorários de advogado são indevidos no processo trabalhista (...). A CLT não os disciplina e as leis específicas só os prevêm para a assistência judiciária (CLT, art. 789/11). Assim é, mesmo que fosse indispensável a atuação do causídico(...). A lei processual laboral nada diz e a processual civil é inaplicável porque incompatível com ela; em primeiro lugar por absoluta falta de afinidade; o princípio da sucumbência se baseia na condenação proporcional, e o instituto mais próximo nessa matéria seria a condenação em custas, cuja proporcionalidade (vencedor e vencido) foi afastada pela CLT (art. 789).¹⁸

Lembra-se que o princípio da sucumbência foi adotado, *a priori*, apenas em relação às custas processuais¹⁹. A sua aplicação, no tocante aos honorários periciais, inicialmente foi consolidada pela jurisprudência²⁰ e só em 2002 incorporou-se expressamente na CLT²¹.

Cabe destacar que tal entendimento não é predominante na doutrina, pois a maioria sustenta que o *Jus Postulandi*, por si só, já afasta a aplicação do princípio da sucumbência no processo do trabalho, apartando outras discussões sobre o tema.

¹⁸ CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 35ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 665/666.

¹⁹ Na redação original o Art. 789, § 4º, da CLT, dispõe que: "As custas serão pagas pelo vencido ou, em se tratando de inquérito administrativo, pelo empregador, antes de seu julgamento pela Junta ou Juízo de Direito. Sempre que houver acordo, se de outra forma não for convencionado, o pagamento das custas será feito em partes iguais pelos litigantes."

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 236 do TST: HONORÁRIOS PERICIAIS. RESPONSABILIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão relativa ao objeto da perícia. Redação original inserida pela Res. 15/1985, DJ 05, 06 e 09.12.1985.

²¹ Art. 790-B, acrescentado pela Lei nº 10.537, publicada em 28.08.2002, entrando em vigor 30 dias após a data de sua publicação: "A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita."

Apesar de esse entendimento representar a posição da maioria dos juristas, o *jus postulandi* não pode ser abordado como um obstáculo à condenação da parte vencida ao pagamento de honorários da parte vencedora.

2.3 O *jus postulandi* e delimitações

Com a promulgação da Constituição de 1988, a discussão sobre a sobrevivência do *jus postulandi* tomou novo enfoque, uma vez que o seu art. 133 dispõe que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Esse posicionamento provocou, em boa parcela dos juristas, o questionamento sobre a recepção do art. 791 à luz da nova Constituição.

Esse debate foi levado ao Supremo Tribunal Federal que deu, incidentalmente, a interpretação do art. 133 da Constituição Federal, ao rejeitar, por unanimidade, a preliminar de ilegitimidade de parte arguida contra reclamante, por postular em juízo sem advogado²². Este entendimento, não vinculou os demais tribunais e juízes, mas o teor do acórdão não abre margem para dúvidas quanto à posição do STF no que se refere à sobrevivência do *jus postulandi*.

Tal tese foi contraditada pelo argumento de que o art. 5º, § 2º da Carta Magna estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Concluiu-se que a enumeração feita pelo art. 5º “catálogo” de direitos e garantias seria

²² O Tribunal Superior do Trabalho, em decisão da lavra do Ministro Orlando Teixeira da Costa, de dezembro/89 (publicada *in* Revista LTr, ano 54, abril/90, págs. 447/450), que lembra tantas outras situações de atuação direta do leigo em Juízo. Defende essa tese o Ministro José Ajuricaba da Costa e Silva, em trabalho doutrinário publicado na Revista LTr 55-12/1409-50, no qual menciona, inclusive, julgamento do “habeas Corpus nº 67390-2 pelo Supremo Tribunal Federal, em que foi relator o Ministro Moreira Alves, que sufraga esse entendimento.

meramente exemplificativa. Não deve, portanto, excluir o direito fundamental de postular perante o Judiciário na defesa de seus direitos.

No TST prevaleceu o entendimento previsto na Súmula 329 cuja redação original foi inserida pela Resolução 21/1993, reafirmando o que previa a Súmula 219 do mesmo tribunal:

Súmula nº 329 do TST. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

Contra tal entendimento, Jorge Luiz Souto Maior avalia que o fundamento básico da prestação jurisdicional justa consiste em que a parte que tenha razão não seja penalizada com qualquer custo processual, revertendo-se estes para a parte vencida. E conclui afirmando que:

Nesse sentido, para satisfação dos ideais de acesso à justiça nas lides trabalhistas, é imprescindível que se adote o princípio da sucumbência no processo do trabalho também quanto aos honorários advocatícios, independentemente de o reclamante estar assistido por sindicato e ganhar até dois salários-mínimos ou declarar não ter condições financeiras de demandar sem prejuízo de seu sustento ou de sua família (Enunciados n. 219 e 329 do E. TST)²³.

Para o referido autor, a adoção da sucumbência quanto aos honorários advocatícios não é obstada pela manutenção do *jus postulandi* das partes na Justiça do Trabalho, pois tal situação excepcional não pode ser fundamento para criar regra ao negar a condenação em honorários advocatícios nesta justiça²⁴.

Posteriormente, outro argumento capaz de obstar a capacidade postulatória das partes, agora em relação ao art. 1º da Lei n. 8.906/94 o qual arrolou dentre as atividades privativas da advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais. Desta forma, todos os cidadãos seriam obrigados a se fazerem representados por advogado para postular seus direitos em juízo.

²³ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Temas de Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000. p. 41.

²⁴ *Ibidem*. p. 43.

Neste ponto, novamente, o Supremo Tribunal Federal decidiu, ao se manifestar na ADI nº 1.127-8, proposta pela AMB – Associação dos Magistrados do Brasil, que a postulação por advogado não é obrigatória nos juizados de pequenas causas, na Justiça do Trabalho e na Justiça de Paz.

Considerando o efeito vinculante das decisões do STF nas Ações de controle abstrato, portanto, não houve qualquer repercussão quanto à capacidade postulatória das partes no processo do trabalho.

A título de curiosidade, em 2001, quase o tema veio à tona, contudo, sob nova roupagem, pois a Lei nº 10.288/01 modificaria a redação do art. 791 da CLT, e sua redação passaria a ser da seguinte forma: “A assistência de advogado será indispensável a partir da audiência de conciliação, se não houver acordo antes da contestação, inclusive nos dissídios coletivos”. Entretanto, este dispositivo foi vetado pelo Presidente da República²⁵. Para melhor ilustrar, transcreve *in verbis* as razões do veto presidencial:

Razões do veto

"Causa estranheza o momento em que o projeto opta impor a presença do advogado - na audiência de conciliação e julgamento se não houver acordo antes da contestação -, e isso porque a peça inicial é o meio pelo qual se deduzem as pretensões, principal instrumento para a obtenção do reconhecimento do direito pleiteado. Inexplicável, assim, que nessa oportunidade se dispense o causídico.

Não se pode esquecer, também, que a audiência trabalhista é una, contínua, só devendo ser suspensa por motivo de força maior, conforme preceitua o art. 849 da CLT. Ora, como não se pode saber se haverá ou não acordo, de duas uma: ou o reclamante já comparece à audiência acompanhado de advogado, ou, caso contrário, a audiência deverá ser suspensa se não houver o acordo, sendo necessário que a parte constitua advogado ou que o Estado lhe forneça defensor dativo.

Como se observa, poderão advir da norma projetada prejuízos tanto para a celeridade da prestação jurisdicional quanto para o empregado, que, pela sua condição economicamente menos favorecida, poderá estar mais distante do reconhecimento de seu

²⁵ O Doutor Jorge Luiz Souto Maior acrescenta que o veto foi correto, pois “o novo texto da lei causaria prejuízo ao interesse da parte e à celeridade processual, isto porque o ato mais importante do processo que é a petição inicial já teria sido feito, na hipótese legal, sem a assistência do profissional e também porque provocaria o adiamento da audiência, para que um advogado fosse constituído. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Honorários advocatícios no processo do Trabalho: uma reviravolta imposta também pelo novo Código Civil**. Revista Justiça do Trabalho. HS editora. Ano 20, nº 232, Abril de 2003, p. 10.

direito pela via judicial, cujo acesso lhe é garantido constitucionalmente."²⁶

Cabe destacar que o *Jus Postulandi* não de um todo ilimitado, como pode observar na edição da Súmula nº 425 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) a qual restringe o alcance do instituto ora tratado. Por sua importância para o estudo aqui realizado, é válida a sua transcrição:

Súmula n. 425 do TST – JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. Res 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010. O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Assim, deixa claro que, mesmo no âmbito da Justiça do Trabalho, o *jus postulandi* pessoal da parte não é ilimitado. Parte dessas limitações dentro da esfera trabalhista é o fato de os recursos destinados ao TST e as ações elencadas na súmula anteriormente citada serem apelos eminentemente técnicos, o que carece de um conhecimento especializado e apropriado para a sua interposição e ajuizamento²⁷.

Neste ponto, cabe fazer um paralelo entre as razões do veto presidencial e a Súmula nº 425 do TST. Nas razões do veto expõe que é “inexplicável, assim, que nessa oportunidade se dispense o causídico”, o injusticável seria a dispensa do causídico para ajuizamento da inicial e, somente em caso de recusa da conciliação, este seria exigível. Na mesma incoerência daquele projeto de Lei, segue a Súmula nº 425 quando só permite o *Jus Postulandi* nas Varas e Tribunais Regionais do Trabalho e não nas peças interpostas perante ao TST.

Ora, se para ajuizar a ação não se faz necessária a presença do advogado, cujo momento é crucial e seus reflexos vão refletir diretamente no sucesso da demanda, não exija a tecnicidade para tanto. Indaga-se se haveria

²⁶ BRASIL. Mensagem nº 1.013, de 20 de setembro de 2001 sobre as razões do Veto ao artigo 2º do projeto de Lei 10.288/01. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/2001/Mv1013-01.htm>. Acesso em: 24 nov. 2014.

²⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense**; modelos de petições, recursos, sentenças e outros. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2010. P.188.

perícia suficiente para, ao menos, as partes, utilizando-se do *Jus Postulandi*, conseguiria recorrer ao Tribunal Regional do Trabalho e, quiçá, recorrer ao Tribunal Superior do Trabalho?

Outra limitação decorre da interpretação literal do art. 791, da CLT, ao fazer menção a quem poderá exercer o direito dele oriundo. Este dispositivo legal expressamente prevê “os empregados e os empregadores” como os detentores do exercício do *jus postulandi* pessoal da parte, o que restringe o alcance do instituto.

Neste aspecto, antes de partir para a relação de emprego, deve-se definir a relação de trabalho. Segundo Mauricio Godinho Delgado²⁸ (2010, p. 266), a relação de trabalho:

(...) refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. (...) Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

Ainda de acordo com o ilustre doutrinador, paralelamente, a relação de emprego:

(...) do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigorantes.

O Empregado e o empregador são, portanto, os sujeitos integrantes dessa relação de emprego. As características que diferenciam o empregado dos outros sujeitos das outras relações de trabalho são a prestação de trabalho por pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade. Caso todas elas estejam presentes, configurar-se-á a relação de emprego²⁹.

Essa interpretação literal, bastante restritiva, foi reforçada na Instrução Normativa n. 27, de 2005, do TST (IN 27/2005), que dispõe sobre normas aplicáveis

²⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 266.

²⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 269.

ao Processo do Trabalho. Ela traz, em seu art. 3º, § 3º, a seguinte disposição: “Salvo nas lides decorrentes da relação de emprego, é aplicável o princípio da sucumbência recíproca, relativamente às custas”. Em seguida, no art. 5º, prevê: “Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência”.

O raciocínio utilizado conclui-se que os sujeitos de relações de trabalho (que não sejam a relação de emprego) não podem exercer o *jus postulandi* pessoal da parte como destaca Carlos Henrique Bezerra Leite³⁰:

Ora, se para fins de pagamento de custas e honorários advocatícios nas ações não oriundas da relação de emprego é aplicável o princípio da sucumbência recíproca inerente ao processo civil, então a presença do advogado torna-se obrigatória em tais demandas, pois o “dever de pagar honorários pela mera sucumbência” pressupõe a presença do advogado, já que os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado (EOAB, art. 23).

Dessa maneira, o fato de nas citadas relações ser cabível a condenação em honorários advocatícios é o que provoca o entendimento de que a elas não se aplica o *jus postulandi* pessoal da parte, pois não seria necessário, já que o referido cabimento descaracteriza o propósito deste instituto.

2.4 A importância do advogado no Direito do Trabalho

No âmbito legal pode-se verificar que a existência do *jus postulandi* permanece inalterada.

Já por outro lado, dentre os argumentos daqueles que defendem a presença do advogado no processo do trabalho. A atual realidade verifica-se não só o fato de o exercício do *jus postulandi* pelas partes ter ser tornado uma autêntica

³⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006. p.343.

exceção, como também é inegável a constatação de que o direito do trabalho e processo do trabalho assumiram graus de complexidades incompatíveis com a atuação de leigos no processo.

Neste aspecto é oportuna a advertência de Júlio César Bebbber:

Assim, se na atualidade praticamente todos os litigantes em processos que tramitam na Justiça do Trabalho se encontram representados por advogados, por que partir da exceção do *jus postulandi*, para dizer incabível a condenação do vencido em honorários advocatícios? Não seria então a hora de adequar a questão à realidade?³¹

Na mesma linha, Mozart Victor Russomano³² destaca que o *jus postulandi* tem caminhos distintos entre a doutrina e a prática. Quanto à doutrina este instituto atende perfeitamente ao propósito do processo trabalho. No entanto, quanto à prática, ele desaconselha a utilização desde instituto pelos seguintes motivos:

O índice intelectual do empregado e empregador não é, entre nós, suficientemente alto para que eles compreendam, sem certas dificuldades, as razões de ser da Justiça do Trabalho, sua atribuição de aplicar aos fatos uma lei protecionista do trabalhador, mais interpretada com imparcialidade. Por outro lado, o Direito Processual do Trabalho está subordinado aos princípios e aos postulados medulares de toda a ciência jurídica, que fogem à compreensão dos leigos. É o ramo do direito positivo com regras abundantes e que demandam análises de hermenêutica, por mais simples que queiram ser. O resultado disso tudo é que a parte que comparece sem procurador, nos feitos trabalhistas, recai de uma inferioridade processual assombrosa. Muitas vezes o juiz sente que a parte está com o direito a seu favor. A própria alegação do interessado, entretanto, põe por terra sua pretensão, porque mal fundada, mal articulada, mal explicada e, sobretudo, mal defendida. Na condução da prova, o problema se acentua e agrava. E todos sabemos que a decisão depende do que os autos revelarem o que está provado.

Russomano conclui que na prática não adianta facultar à parte a presença do advogado, pois inevitavelmente ela necessitará dele. Assim, defende que deve tornar obrigatória a presença de procurador legalmente constituído em todas as demandas de competência da Justiça do Trabalho³³.

³¹ BEBBER, Júlio César. **Princípios do Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997, p. 90.

³² RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 17ª ed. ver., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 341.

³³ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 17ª ed. ver., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 341.

Adotando posição idêntica, Souto Maior pondera com precisão que “as exceções não podem ser fundamento para a formulação das normas gerais”³⁴.

O mesmo autor aponta o paradoxo presente na situação criada pela jurisprudência dominante ao não admitir a condenação em honorários advocatícios na Justiça do Trabalho fora as raras hipóteses da Lei nº 5.584/70, consistente em impor custo descabido ao reclamante que tem razão (o custo do patrocínio de seu advogado) e isentar de custo o reclamante que não tem razão (liberando-o do pagamento de honorários de advogado ao réu)³⁵.

Ao demonstrar a importância do advogado no processo, Amauri Mascaro Nascimento compila que:

O processo é uma unidade complexa de caráter técnico e de difícil domínio, daí porque o seu trato é reservado, via de regra, a profissionais que tenham conhecimentos especializados e estejam em condições de praticar os atos múltiplos que ocorrem durante o seu desenvolvimento. A redação de petições, a inquirição de testemunhas, a elaboração de defesas, o despacho com o juiz, o modo de colocação dos problemas exigem pessoa habilitada, sem o que muitas seriam as dificuldades a advir, perturbando o normal andamento do processo. Em consequência, as manifestações das partes no processo, desde tempos remotos, são confiadas à profissionais denominados procuradores, ou defensores, ou advogados, além de seus auxiliares, que são os estagiários, antigamente denominados solicitadores.

(...)

Com efeito, a presença do advogado consciente valoriza o processo, facilita a exata formação do contraditório e é realmente indispensável.³⁶

Uma parte atuando sem a presença de um advogado pode acarretar malefícios a ela mesma, pois não possui capacidade técnica suficiente para atuar em juízo, caracterizando uma aventura jurídica.

A título de exemplo, é fato que a parte, como na maioria dos casos ocorre, não consegue dominar os aspectos emocionais que circundam sua pretensão da parte, o que pode comprometer o exame sereno da questão. Há

³⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Temas de Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, p. 43.

³⁵ *Ibidem*. p. 43.

³⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 25ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 343/344.

também questões jurídicas complexas, como as constitucionais, bem como problemas delicados no âmbito processual, a título de exemplo: lidar com o ônus da prova. Essas são questões que dificilmente um leigo saberia conduzir de forma satisfatória ou/e suficiente para alcançar o êxito desejado.

Com isso, o *jus postulandi* tornou-se sinônimo de armadilha processual³⁷, pois um desconhecedor do tecnicismo do direito não passaria de um figurante no protagonismo da Justiça Trabalhista, já que a construção da verdade processual diverge da verdade real, requerendo habilidades específicas que somente os profissionais possuem.

Em outras palavras é de grande importância a assistência técnica do advogado, porque ele é um sujeito capacitado, além de detentor de vasto conhecimento dos procedimentos judiciais, sabendo argumentar, pleitear e defender os interesses das partes. Em suma representa de modo eficiente os litigantes, propiciando uma simetria entre o que a parte deseja e aquilo que é efetivamente requerido ao magistrado.

Não se pode olvidar o dinamismo inerente ao ordenamento jurídico o qual exige constante atualização e dedicação daquele que postula em juízo. Cenário onde surgem questões difíceis até mesmo para os magistrados e advogados, imagine para um leigo que pleiteia seus supostos direitos em juízo. Assim sendo, os advogados, sem qualquer dúvida, é quem melhor exercerão essa defesa, evitando o agravamento dos perigos naturais da atuação de um desconhecedor do assunto.

Nota-se o risco eminente de inverter o propósito do *jus postulandi*, pois acaba consagrando a desigualdade processual entre as partes no processo do trabalho em detrimento daquele que já se encontra numa posição de vulnerabilidade na relação jurídico-material. Um profissional, por exemplo, pode retardar o processo e obter vantagens da ignorância legal do autor, fato que exige atenção redobrada do magistrado que, ao mesmo tempo, deve assegurar a imparcialidade no tratamento das partes.

³⁷ CARRION, Valetin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 36ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 674.

Por fim, a imprescindibilidade do advogado no processo demonstra-se notória na prática trabalhista.

3. Assistência e acesso à justiça por meio do *jus postulandi*

O acesso à justiça decorre do direito de cidadania garantido na Constituição Federal da República Federativa do Brasil e para tanto necessita-se de instrumentos que viabilizam aquele acesso.

No entanto, nem todos os instrumentos viabilizadores estão aptos a alcançar, de forma eficiente, os objetivos que justificaram as suas criações. E eventual ineficiência do instrumento no acesso à justiça, por várias vezes, decorrem de fatores sociais inerentes a cada indivíduo que busca a prestação jurisdicional.

3.1 Obstáculos ao acesso à justiça

Notadamente, a figura do *Jus Postulandi* na Justiça do Trabalho serve como um facilitador do acesso à justiça, porém, esse mecanismo, ao longo dos anos, demonstrou-se não ser o instrumento suficiente para proporcionar tal acesso, nos moldes da concepção moderna. Isso acontece porque se precisa de habilidade técnica para tanto.

Nesse sentido Mauro Cappelletti e Bryant Gart³⁸ ensina que o acesso efetivo à justiça, necessariamente, deve transpor alguns obstáculos a fim de aproximar-se do objetivo de igualdade perfeita entre as partes de um processo.

Na prestação jurisdicional, na maioria das vezes, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide. O que significa dizer: os honorários advocatícios e algumas custas judiciais.

³⁸ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen G. Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988. p. 15-29.

Não obstante os altos custos agirem como uma barreira poderosa sob o sistema mais amplamente difundido se caracteriza como uma importante barreira ao acesso à justiça.

Destarte, logo se conclui que as pessoas ou organizações que possuem substanciais recursos financeiros têm vantagens ao propor ou defender uma demanda judicial. Tendo em vista que as mesmas podem suportar a demora do litígio, bem como os gastos decorrentes da lide. Por muitas vezes, força os economicamente mais fracos a desistirem da ação ou agendarem acordos com valores inferiores aos que teriam direito.

Para Ruy Pereira Barbosa³⁹, “o atraso na prestação jurisdicional, o que equivale dizer, a Justiça tardia, prejudica especialmente os pobres, para os quais a longa espera traz prejuízos irreparáveis”. Além disso, as vantagens estão ligadas diretamente a fatores que são de grande relevância na acessibilidade da justiça, como exemplo, a diferença de educação, meio, status social e os recursos financeiros, que acaba influenciando significativamente no sucesso da demanda.

Lembrem-se daquelas controvérsias envolvendo valores diminutos, cuja despesa processual acaba sendo muitas vezes maior do que o objeto da lide, desencorajando, desde já, a propositura da demanda.

Assim, as barreiras criadas pelo nosso próprio sistema jurídico, são pronunciadas para as pequenas causas, autores individualizados e em maior proporção, aos pobres. E tendo por consequência, a inviabilização do acesso efetivo à prestação jurisdicional.

Há muitas barreiras a serem superadas, que inclusive não atinge somente os pobres, mas a população de forma considerável. Vale dizer que a população não tem conhecimentos jurídicos básicos, bem como o reconhecimento da existência de um direito juridicamente exigível.

Fica claro o fato de que muitas pessoas não conhecem seus direitos, ou melhor, quanto menor o nível cultural, menor a aptidão para reconhecer uma

³⁹ BARBOSA, Ruy Pereira. **Assistência jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 33.

violação ao seu direito e buscar uma prestação jurisdicional⁴⁰. Somada a isso está a falta de disposição das pessoas de recorrerem ao Poder Judiciário, por acreditarem que há muito formalismo, além de tratar-se de um ambiente opressor. Conseqüentemente acabam lançando mão desses direitos.

Outro obstáculo é dos litigantes eventuais e dos litigantes habituais. Os litigantes habituais, entidades desenvolvidas com experiência judicial mais extensa, estão mais aptos, já que possuem “experiência” e trato com o processo. Já os eventuais, considerado particularmente, não têm a mesma facilidade.

Entretanto, acredita-se que o remédio seria agregar as causas, com estratégias que se desenvolveriam em longo prazo, a fim de ficarem em pé de igualdade com as entidades organizadas. Com isso, o efetivo acesso à justiça seria concretizado.

Por essas razões, o artigo 791 da CLT, onde se aloja a figura do *jus postulandi*, por si só, não se demonstra suficiente como instrumento garantidor do “real acesso a justiça”.

Aparentemente, a previsão do *jus postulandi* resulta de resquício da origem administrativa da Justiça do Trabalho, época quando havia Junta de Conciliação e Julgamento e as Comissões Mistas de Conciliação, na qualidade de órgãos vinculados ao Poder Executivo. Tais Juntas eram formadas por dois juízes classistas e um “togado”⁴¹, sendo órgãos responsáveis pela solução de conflitos trabalhistas.

Porém, tal estruturação não mais existe cedendo lugar às atuais Varas do Trabalho tendo como titular magistrados com formação jurídica e extinguindo-se os juízes classistas⁴².

Com razão, portanto, naquela época a utilização do *jus postulandi*⁴³, como importante mecanismo de transposição das dificuldades e concretização do acesso

⁴⁰ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência Jurídica - Integral e Gratuita**. Ed. Método, 2003, p. 49.

⁴¹ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 135/137.

⁴² SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p.138.

⁴³ Mozart Victor Russomano destaca que, no âmbito do Direito Processual do Trabalho, na antiga Tcheco-Eslováquia era proibido a contratação de advogado para defesa das demanda trabalhista

à justiça, pois se apoiava na premissa de que o pequeno valor pecuniário de certas demandas – por exemplo, aviso prévio – não justificaria o gasto da empresa com advogado, e ao empregado representaria um óbice ao acesso à Justiça, devido à dificuldade em encontrar um patrono que se interesse pela causa, além da reduzida complexidade das demandas.

Todavia, o processo trabalhista transformou-se em algo complexo, apresentando dificuldades, até mesmo para os profissionais que militam na área laboral, sejam eles advogados, procuradores, juízes; enfim, para qualquer operador jurtrabalhista.

Essa progressiva complexidade das normas escritas e a especialização são geradas em função do aumento da produção de normas que se torna mais complexa na medida do progresso da civilização, exige um tecnicismo mais apurado de quem postula em juízo. Havendo, assim, uma exclusão daquele que não tem instrução suficiente para se defender em juízo⁴⁴.

Apesar das dificuldades em garantir o acesso à justiça em visão moderna do conceito, o *jus postulandi* persiste na forma legal e jurisprudencialmente.

Essas condições, em razão do atual cenário, não estão presentes. O que seria o mesmo de ir para guerra desprovido de armas e, ainda, sem qualquer estratégia. Acaba por deixar aquele que postula diretamente fadado ao fracasso ou

cujo valor não ultrapassa-se o limite estipulado em lei. Cita, também, o exemplo da Alemanha, antes da guerra, os serviços dos profissionais militantes dos foros só poderiam ser usados na segunda instância, a não ser, exceção, o juízo de primeira instância concedesse autorização para tanto. Deixando claro o espírito da legislação “moderna”. RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 17ª ed. ver., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 340.

⁴⁴ Amauri Mascaro Nascimento leciona que, à luz do tecnicismo, a importância do acompanhamento do advogado é paralela à progressiva complexidade das normas escritas e à especialização, cada vez maior, da ciência jurídica, pois o incremento da legislação escrita, que inevitavelmente se desenvolve e se complica ao longo do progresso da civilização, requer para a sua completa hermenêutica o auxílio de uma técnica processual e material cada vez mais refinada, de maneira que, a parte inexperta deste tecnicismo, sente e sentirá cada vez mais a necessidade de ser assistida pelo especialista. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 188/190.

com reduzida chance de sucesso na demanda. Nessa linha assevera Mauro Schiavi⁴⁵:

O empregado assistido por advogado tem maiores possibilidades de êxito no processo, assegurando o cumprimento do princípio constitucional do acesso real à Justiça do Trabalho, e também a uma ordem jurídica justa. Não se pode interpretar a lei pelas exceções. Hoje, a parte não estar assistida por advogado na Justiça do Trabalho é exceção. De outro lado, diante da complexidade das matérias que envolvem o cotidiano do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho, a não assistência por advogado, ao invés de facilitar, acaba dificultando o acesso, tanto do trabalhador como do tomador de serviços, à Justiça.

Nota-se que o “real acesso à Justiça”, e o tecnicismo que o cotidiano da Justiça do Trabalho exige das partes acaba dificultando o acesso do jurisdicionado, uma vez que o juiz deve preservar a imparcialidade em seus julgados.

Ante a isto, pergunta-se: como a parte desacompanhada de advogado restaria perante o tecnicismo necessário existente? De que forma resolveria questão atinente ao ônus da prova, por exemplo? Caberia ao magistrado conduzir-lhe pelos meandros do êxito, sem sequelas materiais ou processuais? Como agiria a parte ante os prazos processuais? Teria a parte a ciência exata do que carrear aos autos? Saberá ela o que de fato necessita, o que viria, efetivamente, a levar o convencimento ao juiz?

Ora, observa-se que a postulação do empregado ou empregador, em primeira instância, sem advogado, mediante reclamação verbal e defesa oral, cumpre o objetivo do *jus postulandi*. Isto obriga, muitas vezes, o juiz a aniquilar, em virtude do quase que total desprezo à boa técnica processual, as exigências formais do processo. Simplificando o seu andamento, sacrificando vários princípios constitucionais de importância fundamental para a verificação do fim primordial do processo.

Acaba por revelar que a efetivação do *jus postulandi* dá uma falsa impressão de acesso à Justiça, pois não garante a isonomia das partes⁴⁶, assegurando apenas o mero acesso sem garantir a paridade de armas.

⁴⁵ SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 278.

Nessa linha, cabe mencionar Valentin Carrion que demonstra a vulnerabilidade da parte⁴⁷:

Ressalta-se que: estar desacompanhado de advogado não é direito, mas desvantagem; a parte desacompanhada de advogado era caricatura de Justiça; a capacidade de ser parte ou a de estar em Juízo (art. 792, nota 1) não se confunde com a de postular. Já na reclamação verbal, a parte ficava na dependência da interpretação jurídica que aos fatos dava o funcionário que reduzia a termo suas afirmações. Depois vinham as dificuldades do leigo na instrução e nos demais atos processuais, onde o arremedo de Justiça mais se acentua.

Indubitável é, portanto, que a figura do *jus postulandi*, apesar do benefício de levar a parte ligeiramente à interposição de uma reclamação trabalhista, traz consigo malefício, na medida da impotência de produzir sua defesa, consequência do desconhecimento das leis.

Nesse ponto, Carlos Henrique Bezerra Leite esclarece que o acesso à justiça tem uma concepção tridimensional⁴⁸; sentido geral, restrito e integral. Sendo que o sentido integral não se restringe apenas ao acesso à justiça, mas abrange os objetivos jurídicos, políticos e sociais do processo. Assim, citando Antônio Herman Benjamin, Carlos Henrique Bezerra Leite define que o efetivo:

Acesso ao Direito, vale dizer, a uma ordem jurídica justa (= inimiga dos desequilíbrios e destituída de presunção de igualdade), conhecida (=social e individualmente reconhecida) e implementável (= efetiva), contemplando e combinando, a um só tempo, um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso aos mecanismos alternativos (principalmente os preventivos), estando os sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados, material e psicologicamente, a exercê-los, mediante superação das

⁴⁶ Sergio Pinto Martins denota que: O empregado que exerce o *jus postulandi* pessoalmente acaba não tendo a mesma capacidade técnica de que o empregador que comparece na audiência com advogado, levantando preliminares e questões processuais. No caso, acaba ocorrendo desigualdade processual, daí a necessidade de advogado. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 32ª ed. atual., São Paulo: Atlas, 2011, p. 187.

⁴⁷ CARRION, Valetin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 565.

⁴⁸ Carlos Henrique Bezerra Leite enumera o problema do acesso à justiça é compreendido no sentido geral, restrito e integral. O sentido geral seria sinônimo de “justiça social”. Sentido estrito é uma garantia de que todos tenham o direito de ajuizar ação perante o Poder Judiciário. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 12ª edição. São Paulo: LTr, 2014. p. 154.

barreiras objetivas e subjetivas (...) e, nessa última acepção dilatada, que acesso à justiça significa acesso ao poder.⁴⁹

Portanto, acesso à justiça no sentido integral deve conter, também, acesso à informação e à orientação jurídica, bem como a todos os meios alternativos de composição de conflitos, pois o acesso à ordem jurídica justa traduz em uma questão de cidadania. Trata-se de um bem comum por meio do processo atingindo a coletividade⁵⁰.

3.2 Diferenciação entre os mecanismos de acesso à Justiça

Na tentativa de garantir o acesso à Justiça, foram criados mecanismos de transposição dos chamados inibidores deste acesso. Para tanto, cumpre enumerá-los e esclarecer distinção entre eles: assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita.

A gratuidade da justiça abrange todas as custas e despesas do processo. A assistência judiciária⁵¹ é o patrocínio gratuito de um advogado, a título de serviço público, mas pode ser prestado por entidade conveniada ou não, além de alcançar a gratuidade das despesas processuais. Já a assistência jurídica, além da isenção das despesas e dos serviços prestados gratuitamente por advogado, engloba serviços

⁴⁹ Antônio Herman V. Benjamin. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico – Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor**, p. 74-75 *apud* Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de direito processual do trabalho**. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2014. p.154.

⁵⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2014. p.155.

⁵¹ Para Giannakos: “A assistência judiciária deve ser entendida como uma atividade disposta a patrocinar a causa em juízo por profissional habilitado. (...) A dispensadas custas não pode ser incluída neste conceito, pois não é prestação de serviços, e sim, um postura que o Estado assume perante os necessitados. A assistência judiciária é o órgão estatal incumbido de oferecer advogado ao carente de recursos, assim, este poderá reivindicar em juízo o seu direito. (...) A assistência judiciária se ultima na assistência prestada em juízo, ou seja, judiciária por ser de processos judiciais. Portanto, é a prestação de todos os serviços indispensáveis à defesa dos direitos do hipossuficiente em juízo, porém sem o pagamento de quaisquer despesas supervenientes.” GIANNAKOS, Ângelo Maraninchi. **Assistência judiciária no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25-26.

públicos não relacionados ao processo, tais como orientação e informações. Nas palavras de Augusto Tavares Rosa Marcacini⁵²:

Por justiça gratuita, deve ser entendida de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos beneficiários em juízo. O benefício da justiça gratuita compreende a isenção de toda e qualquer despesa necessária ao pleno exercício dos direitos e das faculdades processuais, sejam tais despesas judiciais ou não. Abrange, assim, não apenas as custas relativas aos atos processuais a serem praticados como também todas as despesas decorrentes da efetiva participação na relação processual. A assistência judiciária envolve o patrocínio gratuito da causa por advogado. A assistência judiciária é, pois, um serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não estatais, conveniadas ou não com o poder público. (...) A assistência jurídica engloba a assistência judiciária, sendo mais ampla que esta, por envolver também serviços jurídicos não relacionados ao processo, tais como orientações individuais ou coletivas, o esclarecimento de dúvidas, no conceito de 'assistência', pois não há a prestação de um serviço, nem desempenho de qualquer atividade; trata-se de uma postura passiva assumida pelo Estado.

Tais mecanismos se demonstram fundamentais na garantia da cidadania e da democracia no acesso ao Judiciário, que encontram em um estado de miserabilidade jurídica. Esses mecanismos auferem uma especial relevância quando se trata de trabalhadores desempregados e pobres que buscam a tutela de seus direitos lesados ou ameaçados na Justiça do Trabalho.

É importante destacar que a assistência jurídica engloba a assistência judiciária, sendo ainda mais ampla que esta, por envolver também serviços jurídicos não relacionados ao processo, tais como orientações individuais ou coletivas, o esclarecimento de dúvidas, e mesmo um programa de informação a toda a comunidade.

É necessária a reversão do antigo conceito de assistência jurídica gratuita aos necessitados, como mero favor do estatal, vinculando tão-somente à utilização

⁵² MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. São Paulo, 2009 (edição eletrônica). p. 40-41. Disponível em: http://www.lulu.com/items/volume_67/8095000/8095567/1/print/AJG-versaoElet-1.pdf. Acesso em: 9 jan. 2012.

do Poder Judiciário como órgão detentor do poder jurisdicional, solucionador de lides.

Tal afirmação é feita, pois, hodiernamente, de um lado a assistência jurídica gratuita aos necessitados não significa apenas assistência processual, mas acesso à ordem jurídica justa, ou seja: a) ser informado e informar-se acerca dos seus direitos e a real amplitude deles mesmos; b) poder utilizar-se de profissional habilitado para patrocinar seus interesses em Juízo ou fora dele; e c) isentar-se do pagamento de quaisquer ônus processuais ou extraprocessuais na salvaguarda de seus interesses.

Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária gratuita é prestada pelo sindicato da categoria profissional dos trabalhadores, desde que comprovada os requisitos dispostos em lei. Portanto, em decorrência da aplicação da proteção no processo do trabalho, a assistência judiciária despendida ao empregado é diferente da despendida ao empregador.

Para melhor compreensão, importante destacar que não se confunde a assistência judiciária gratuita, que será prestada pelo Sindicato de trabalhadores, com a isenção de custas, que depende da observância dos requisitos legais.

A assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos tem sua base constitucional o art. 5.º, LXXIV, da Constituição Federal, bem como o artigo 134 do texto constituição dispõe que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV”.

Cabe mencionar o inciso LXXVIII, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, explicitou o direito à razoável duração do processo, determinando que o Estado predisponha meios que garantam a celeridade na sua tramitação.

A assistência judiciária aos necessitados será prestada pelo Estado, por intermédio da Defensoria Pública. O dispositivo não faz distinção entre pessoa física e jurídica, mas faz referência a quem comprovar insuficiência de recursos. Assim, a

assistência judiciária gratuita pode ser prestada ao empregador, desde que prove insuficiência de recursos.

Não há dúvida que é obrigação do Estado fornecer assistência judiciária integral e gratuita para que permita o acesso à justiça, sem distinção entre pessoas jurídicas ou físicas, apenas comprovando a insuficiência de recursos.

Com já mencionado, no âmbito trabalhista, a assistência judiciária gratuita também fica a cargo do sindicato dos trabalhadores. Atribuição essa que surgiu do art. 513, alínea “a”, da CLT, que concedeu a prerrogativa aos sindicatos a representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses individuais de seus associados relativos à atividade ou profissão exercida. Tal entendimento é reforçado pelo art. 872, parágrafo único do texto consolidado, afirmando que, quando os empregadores deixarem de pagar os salários, na conformidade da decisão proferida no dissídio coletivo, poderão os empregados ou seus sindicatos, estes independentes de outorga de poderes, apresentar reclamação à Junta ou ao Juízo competente, hoje denominado Vara do Trabalho.

Com efeito, a Lei 5.584/70, art. 14 disciplinou a concessão e prestação da assistência judiciária na Justiça do Trabalho, revelando que a assistência que se refere à Lei 1.060/50 será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador, a qual será devida a todo aquele “que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.”

O art. 14 estatui que a comprovação do atestado de pobreza seja fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho, mediante diligência sumária, ou, na sua ausência, pelo Delegado de Polícia.

Na prática, para a concessão do benefício da Justiça Gratuita, basta a declaração de próprio punho⁵³ asseverando a pobreza ou dificuldades de litigar sem

⁵³ Entendimento decorre do art. 1º da Lei 7.115/83 que dispõe o seguinte: “A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interesse ou por procurador bastante, e sob as penas da

prejuízo do sustento próprio ou de sua família. A tal afirmação atribui-se valor probatório *juris tantum*.

Ressalta-se que, caso comprovado que se trata de declaração falsa, será enviado ofício ao Ministério Público Federal para que tome as providências cabíveis na esfera criminal.

Com o advento da Lei nº 10.288/01, acrescentou-se o §10 ao art. 789, da CLT nos seguintes termos:

O sindicato da categoria profissional prestará assistência judiciária gratuita ao trabalhador desempregado ou que perceber salário inferior a 5 salários mínimos ou que declare, sob responsabilidade, não possuir, em razão dos encargos próprios e familiares, condições econômicas de prover à demanda.

Ou seja, em face da interpretação das normas existentes no sistema jurídico, com o art. 789, § 10, da CLT, houve derrogação tácita do art. 14, *caput*, e do § 1º, da Lei nº 5.584, porque a nova regra legal regula inteiramente a matéria, inclusive, com a possibilidade da assistência ao trabalhador desempregado e alterando o limite de 2 para 5 salários-mínimos.

Entretanto, não houve alteração nas regras para a concessão da assistência judiciária pelos presidentes dos Tribunais do Trabalho (art. 789, § 9º, CLT), ou seja, a faculdade de conceder *ex officio* o benefício quando a parte perceber até o dobro do mínimo legal ou quando houver prova do estado de miserabilidade.

A Lei 5.584/70, fala sobre a possibilidade de auxílio no patrocínio nas demandas trabalhistas recair também sob a responsabilidade dos Departamentos Jurídicos das faculdades de Direito (referida na Lei como Diretorias dos Sindicatos Acadêmicos de Direito, art. 15).

E, nos termos do art. 17, da mesma Lei, na hipótese de não haver órgãos da Justiça do Trabalho ou sindicato da categoria profissional do trabalhador nas

respectivas comarcas, é atribuído aos promotores públicos ou defensores públicos o encargo de prestar a assistência judiciária.

Na teoria, a discussão quanto à assistência judiciária integral e gratuita, disposta no art. 5º, LXXIV, porém, na prática, essa é uma garantia para assegurar o direito fundamental de acesso à Justiça. Em razão da natureza prestacional deste direito. Faz-se necessário a instalação de núcleos de assistência jurídica com abrangência nacional⁵⁴.

É este um dos grandes problemas, pois, muitas vezes, se limita às capitais ou encontram-se distantes da população e, mesmo que instaladas funcionam em estado precário, em número de defensores insuficientes e estrutura física inadequada.

Neste ponto, cabe destacar o estudo diagnóstico solicitado pelo Ministério da Justiça a fim de melhorar o acesso à Justiça, o qual resultou nos seguintes dados, com base em respostas dos Defensores Públicos da União: a maioria dos defensores afirmou que 72,9% de suas atribuições são realizadas por advogados dativos; 52,8% afirmaram que a Defensoria Pública está próxima ou muito próxima

⁵⁴ “De acordo com o diagnóstico de 2009 da ANADEP, há 25 defensorias no Brasil: “Para esta terceira edição, foram enviados questionários aos Defensores Públicos - gerais de todas as unidades da federação, com exceção dos estados de Goiás e Santa Catarina. Esclarece-se que o estado de Santa Catarina ainda não criou a Defensoria Pública e o de Goiás, apesar de possuir lei orgânica desde 2005, também não implantou o serviço. o questionário foi encaminhado, ainda, ao Defensor Público-geral da União. Dessa maneira, os dados aqui apresentados com relação ao perfil da Instituição se referem às 25 unidades da federação e mais à Defensoria Pública da União. Ressalta-se que o estado do Paraná, que não havia participado dos dois Diagnósticos anteriores, neste comparece. Particularidades de algumas unidades da federação foram objeto de análise no presente diagnóstico sobre a Defensoria Pública. O modelo de assistência jurídica gratuita adotado pelo estado de Santa Catarina não observa o que determina o art. 134 e parágrafos da constituição federal, competindo à OAB local a prestação desse serviço público, inclusive por determinação da lei complementar respectiva que regulamenta a autodenominada Defensoria Dativa. Referido modelo vem sendo questionado por duas ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas no STF, uma pela ANDPU e outra pela ANADEP. A Defensoria Pública da União e a Defensoria Pública do Distrito federal ainda não possuem autonomia administrativa e iniciativa de sua proposta orçamentária conferidas às defensorias públicas dos estados pela emenda constitucional n.º 45/04. Por essa razão, a Defensoria Pública do DF, que de acordo com a constituição federal (art. 21, XIII) deve ser organizada e mantida pela União, ainda não foi criada, de modo que coube ao Distrito federal criar e manter seu próprio órgão de assistência jurídica integral e gratuita em favor de sua população carente, denominado CEAJUr – Centro de assistência Jurídica, na forma da competência legislativa concorrente prevista no art. 24, XIII da Constituição Federal. Os estados do Paraná e de Goiás, por sua vez, ainda não implantaram efetivamente suas defensorias públicas.” III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil. Ministério da Justiça, 2009. p. 21-22. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag_DefensoriaP.pdf. Acesso em: 02 jan. 2012.

da sociedade civil; 65,8% dos Defensores Públicos da União avaliam como excessiva o volume da demanda de trabalho sob sua responsabilidade⁵⁵. Isto ilustra uma parte da praxe da assistência jurídica no Brasil, em especial na Justiça do Trabalho.

Além disso, a Defensoria Pública da União, até 2009 contava com 240⁵⁶ defensores e, dentre suas atribuições, encontra-se o patrocínio dos necessitados que demandam junto a Justiça do Trabalho.

Diante do panorama apresentado, a advogado dativo se faz presente na maioria dos casos, apesar da assistência integral gratuita ser atribuição do Defensor Público. Casos em que se aplica o art. 5º, §§ 1º a 4º, da Lei nº 1.060/50, o qual elenca as formas de indicação para a atuação do advogado de forma dativa. Já os §§2º e 3º, do art. 5º, da mesma Lei, estatui que deva dar preferência ao advogado indicado pelo interessado e que declare aceitar o encargo.

Levanta, assim, a histórica discussão na qual nesses casos em que o profissional é indicado pelo juiz, indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB ou pela própria parte, tenha direito aos honorários advocatícios pelos serviços prestados, ainda que apenas na hipótese de sucesso da demanda.

Essa, todavia, não tem sido a tipologia tradicional. Tem-se acreditado e proclamado, como se lê em José Afonso da Silva, o seguinte:

Formalmente, a igualdade perante a Justiça está assegurada pela Constituição, desde a garantia de acessibilidade a ela (art. 5º, XXXV). Mas realmente essa igualdade não existe, "pois está bem claro hoje, que tratar "como igual" a sujeitos que econômica e socialmente estão em desvantagem, não é outra coisa senão uma ulterior forma de desigualdade e de injustiça (Cf. Cappelletti, *Proceso, Ideologia e Sociedad*, p. 67). Os pobres têm acesso muito

⁵⁵De acordo com a tabela 90, a maioria dos Defensores Públicos da União afirmou que parte das atribuições da Defensoria Pública é cumprida por advogados dativos (72,9%). (...) entre os Defensores Públicos da União, 52,08% apontaram que a Defensoria Pública está próxima ou muito próxima da sociedade civil. (...) a maior parte dos Defensores Públicos da União e dos estados avalia como excessiva o volume da demanda de trabalho sob sua responsabilidade atualmente com percentuais de 65,8% e 72,1%, respectivamente. III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil. Ministério da Justiça, 2009. p. 250-252. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag_DefensoriaP.pdf. Acesso em: 02 jan. 2012.

⁵⁶Constante nos gráficos do diagnóstico de 2009 da ANADep. p. 185. Disponível em: http://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag_DefensoriaP.pdf. Acesso em: 02 jan. 2012.

precário à Justiça. Carecem de recursos para contratar bons advogados. O patrocínio gratuito se revelou de alarmante deficiência. A Constituição tomou, a esse propósito, providência que pode concorrer para a eficácia do dispositivo, segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art.5º, LXXIV). Referimo-nos à institucionalização das Defensorias Públicas, a quem incumbirá a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV (art. 134).⁵⁷

Desse texto, a ideia dominante é que os pobres têm acesso muito precário à Justiça, porque carecem de recursos para contratar bons advogados, além do patrocínio gratuito ter se revelado de alarmante deficiência.

3.3 Assistência Judiciária Gratuita na Justiça do Trabalho

A assistência judiciária diz respeito a quem vai patrocinar a causa, podendo ser o advogado, o sindicato, a Procuradoria do Estado, a Defensoria Pública, tendo todos esses, capacidade postulatória.

As discussões acerca da conveniência, constitucionalidade e legalidade da outorga de capacidade postulatória às partes perderia razão se existisse uma organização da assistência gratuita, mantida pelo Estado junto aos diversos órgãos da Justiça do Trabalho, independentemente da existência de serviços análogos nos sindicatos obreiros e patronais. Esta organização solucionaria o problema dos empregados que desejam ter despesas com patrocínio particular em demandas mais simples e dos empregados que encontrariam dificuldades para contratar um para acompanhar as demandas mais simples. Neste sentido, manifestou Jorge Luiz Souto Maior:

Acrescente-se, a propósito, que, se aplicada, de forma adequada, a assistência judiciária gratuita no processo do trabalho, nem sequer o risco de um empregado miserável arcar com o curso do advogado do

⁵⁷ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. revista. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 222/223.

empregador existiria, pois tal benefício lhe seria concedido mesmo quando postulasse em juízo assistido por um advogado particular (Lei nº 1.060/50)⁵⁸.

A ideia de que a assistência judiciária gratuita fica a cargo do sindicato dos trabalhadores surgiu do art. 513, alínea “a”, da CLT, que concedeu a prerrogativa aos sindicatos de representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses individuais de seus associados relativos à atividade ou profissão exercida. Tal entendimento é reforçado pelo art. 872, parágrafo único, do texto consolidado, aduzindo que, quando os empregadores deixarem de pagar os salários, na conformidade da decisão proferida no dissídio coletivo, poderão os empregados ou seus sindicatos, este independente de outorga de poderes, apresentar reclamação à Junta ou Juízo competente, hoje Vara do Trabalho.

Posteriormente, ela passou a ser disciplinado pela Lei nº 5.584 em seu art. 14, o qual explicita que a assistência a que se refere à Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador, e será devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, quando provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Entretanto, na prática, os juízes concedem o benefício da Justiça Gratuita a grande maioria dos que apresentarem a declaração de hipossuficiência.

A Lei nº 5.584/70 aduz a possibilidade de o patrocínio das causas trabalhistas recair também sob a responsabilidade dos núcleos jurídicos das faculdades de Direito, como disposto no art. 15⁵⁹. É raro, contudo, que isto se verifique na prática. Por questões culturais, são poucos os departamentos jurídicos que fornecem serviços de assistência judiciária em questões trabalhistas, pois se concentram em outras áreas como, por exemplo, Direito de família.

⁵⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Temas de Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000. p. 43.

⁵⁹ BRASIL. Lei 5.584/70. Art. 15. Para auxiliar no patrocínio das causas, observados os arts. 50 e 72 da Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, poderão ser designados pelas Diretorias dos Sindicatos Acadêmicos, de Direito, a partir da 4ª série, comprovadamente, matriculados em estabelecimento de ensino oficial ou sob fiscalização do Governo Federal. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5584.htm. Acesso em: set. 2014

No art. 17 da referida Lei, apenas quando não houver órgão da Justiça do Trabalho instalado com jurisdição na localidade em sindicato da categoria profissional do trabalhador, será atribuição do Estado, por meio dos promotores públicos ou defensores públicos, a tarefa de cuidar da assistência judiciária gratuita aos desfavorecidos. Observa-se que a responsabilidade do Estado é subsidiária a do sindicato.

3.4 Breve análise dos Projetos de Lei 3.392/04, 7.642/2006 e 1.676/07, *jus postulandi* formalmente uma exceção

O projeto de Lei nº 3.392 de 2004, de autoria da Deputada Federal Clair busca, basicamente, formalização infraconstitucional da imprescindibilidade da presença do advogado nas ações trabalhistas e a condenação em honorários sucumbenciais, trazendo consigo alterações à Consolidação das Leis Trabalhistas, bem como critérios de fixação dos honorários nesta Justiça especializada.

Além da normatização dos honorários sucumbenciais na justiça especializada, delimita a utilização do *jus postulandi* apenas como exceção, nas hipóteses de não haver advogado no lugar da propositura da reclamação, ou de ocorrer recusa ou impedimento dos que houver. Para tanto, resultará na alteração do artigo 791 da CLT cuja nova redação dispõe em seu inciso II, do §1º:

Art. A parte será representada por advogado legalmente habilitado.

§1º Será lícito à parte postular sem a representação de advogado quando:

I – tiver habilitação legal para postular em causa própria;

II – não houver advogado no lugar da propositura da reclamação ou ocorrer recusa ou impedimento dos que houver;

Observe a nítida intuição de valorizar o art. 133 da Constituição Federal o qual expõe que o advogado é indispensável à administração da justiça.

No §2º da nova redação dada ao artigo 791 da CLT, a sentença condenará o vencido, até mesmo a Fazenda Pública, em qualquer hipótese, ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, fixando-o de dez a vinte por cento sobre o valor da condenação, nos seguintes termos:

§2º A sentença condenará o vencido, em qualquer hipótese, inclusive quando vencida a Fazenda Pública, ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, atendidos:

I – o grau de zelo do profissional;

II – o lugar de prestação do serviço;

III – a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Na mesma toada, o Projeto de Lei nº 7.642/2006, autoria Deputado Marcelo Ortiz, e o Projeto de Lei nº 1.676/2007, autoria do Deputado Dr. Nechar, ambos apensados ao de autoria da Deputada Clair, foram mais radicais, pois possibilitam a condenação em honorários sucumbenciais e propõe o fim do *jus postulandi* como uma só exceção: ao caso do advogado postulante em causa própria.

Observa-se que tais alterações aproximam o processo trabalhista da regra geral do processo civil, onde as partes só podem exercer seu direito por meio de advogado regularmente constituído.

O Projeto de Lei nº 3.392/04⁶⁰ deixa claro o anseio de mudar paradigmas na Justiça do Trabalho ao sustentar que o *jus postulandi*, na prática, já não é mais uma realidade em razão da complexidade e aumento das normas trabalhistas até mesmo antes da Emenda Constitucional nº 45/04 que ampliou a competência da Justiça do Trabalho. Resulta em ações mal formuladas, com pedidos ineptos dentre outras falhas graves.

⁶⁰ Parecer referente ao Projeto de Lei 3.392/2004 de relatoria do Deputado Índio da Costa. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/524756.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2014.

Na justificação do Projeto de Lei nº 3.392 a autora lembra que, até mesmo antes da ampliação da competência da Justiça do Trabalho com o advento da Emenda nº 45/2004, já se exigia mais conhecimento e domínio das técnicas processuais e, ressalta que. Hoje é a participação do advogado que assegura o contraditório e promove a igualdade entre as partes.

Além disso, sustenta que o instituto do *jus postulandi* teve uma importante participação na concretização do direito do acesso à justiça, porém, hoje, essa outorga legal de postular e defender-se em juízo sem o patrocínio de um advogado equivaleria a negar a efetividade da justiça, conseqüentemente, restringir o próprio acesso à justiça. A participação asseguraria o contraditório e promoveria a igualdade entre as partes.

Por fim, a autora do Projeto de Lei destaca que se trata de princípio de justiça, uma vez que aquele que não deu motivo à lide, não deve arcar com o ônus do processo, o que inclui a necessidade de contratar um advogado, retomando a ideia do princípio de causalidade e reparação integral do dano.

Como bem destaca nas lições do Professor Chiovenda:

A necessidade de servir-se do processo para obter razão não pode reverter em dano a quem tem razão, pois, a administração da justiça faltaria ao seu objetivo e a própria seriedade dessa função do Estado estaria comprometida se o mecanismo organizado para o fim de atuar a lei tivesse de operar com prejuízo de quem tem razão⁶¹.

Utiliza desse entendimento e considera-se que o custo do processo seria desnecessário caso o devedor tivesse cumprido com suas obrigações de forma espontânea – seja de natureza civil, seja de natureza trabalhista.

A autora sustenta que deve haver condenação em honorários sucumbenciais nos pleitos de relação de trabalho e faz a seguinte equivalência hipotética:

(...) se um trabalhador pleitear na Justiça Comum terá direito a uma defesa técnica com o ônus do patrocínio da causa imposto ao vencido, mas esse mesmo trabalhador não terá tal direito, na

⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe, in *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. Editora Saraiva, 2000. vol. 1. p.159.

condição (pior) de (ex-) empregado, buscar verba de natureza alimentar na Justiça do Trabalho⁶².

Para agravar a injustiça, cabe destacar que a diferença de tratamento no âmbito da própria Justiça do Trabalho é acentuada pela ampliação de sua competência a qual motivou o seguinte entendimento do Tribunal Superior do Trabalho: “Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.”⁶³

O Deputado Índio da Costa ao relatar o parecer referente ao Projeto de Lei nº 3.392 e seus apensos, sustentou a manutenção do *jus postulandi*, apenas nas causas de rito sumaríssimo cujo valor não exceda vinte salários mínimos e somente no âmbito da primeira instância. No caso de interposição de recurso, as partes deverão, obrigatoriamente, serem representadas por advogados, traçando um paralelo com o art. 9º e § 2º do art. 41 da Lei 9.099/95 dos Juizados Especiais e a Seção II-A do Capítulo III do Título X da CLT referente as causas de rito sumaríssimo.

Busca um ponto de equilíbrio entre a erradicação brusca e a permanência do *jus postulandi*. na intenção de, paulatinamente, superar o argumento de que o ônus dos honorários sucumbenciais acarretaria a perda da característica da gratuidade de Justiça do Trabalho, qualidade tão cara, tendo em vista a natureza alimentar das verbas discutidas no âmbito desta jurisdição especializada.

⁶² Deputada Federal Dra. Clair ao justificar o Projeto de Lei n. 3.392 de 2004.

⁶³ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Instrução Normativa n. 27 de 2005. Disponível em: <<http://www3.tst.jus.br/DGCJ/instrnorm/27.htm>>. Acesso em: 22 set. 2014.

Conclusão

Considerando que o Direito, o processo e a sentença podem ser considerados elementos que buscam uma maior racionalidade e uma verdade provável, o *jus postulandi* encontra-se anacrônico, pois é nítida a exceção do instituto na Justiça do Trabalho e não pode ser tratado como regra, a fim de afastar a condenação à sucumbência em honorários advocatícios, sendo pacífico tal entendimento na jurisprudência trabalhista.

Como alhures exposto, o *jus postulandi* não serve como instrumento para o acesso à Justiça na sua concepção moderna, pois não garante paridade de armas entre as partes na defesa de seus pleitos trabalhistas. Resultando em nítida armadilha e contribuindo, na sua maioria, para o insucesso da demanda trabalhista.

A não condenação da sucumbente em arcar com os honorários advocatícios da parte contrária (vencedora) resulta em prejuízo irreparável o que viola o princípio da causalidade.

Entende-se que o *jus postulandi* cumpriu a sua importância histórica, bem como corroborava com os princípios norteadores do material e processual trabalhista, mas que, hoje, em razão da ampliação das normas, seja trabalhista, seja a interdisciplinaridade das matérias em razão da Emenda Constitucional nº 45/2004, tornou-se inviável a postulação de pleitos dispensada a presença do profissional capacitado para tanto. Isso equivaleria em negar a efetividade da justiça, além de, conseqüentemente, afunilar o acesso à justiça.

Apesar das críticas ao instituto do *jus postulandi*, observou-se que, por mais que se exigisse o ajuizamento por meio de profissional com capacidade postulatória e; considerando que a maioria dos jurisdicionados da Justiça trabalhista são pessoas hipossuficientes; considerando que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil assegura a estes necessitados a assistência jurídica, a estrutura atual não supriria quantitativo de jurisdicionado.

Com relação aos projetos de Lei que tramitam nas casas legislativas buscam formalizar esta realidade patente do *jus postulandi*. Contudo depreende-se

que os assuntos tratados nos projetos precisam de algumas temperanças, pois esse instituto não pode ser extinto do ordenamento. Deve, por exemplo, não ser tratado como regra, bem como utilizado para afastar os honorários advocatícios pela mera sucumbência. Assim, o Projeto de Lei nº 3.392/04 acertou em alinhar-se com esse entendimento.

Por fim, em razão do cenário atual da justiça do Trabalho, faz-se necessário uma evolução legal e jurisprudencial a fim de haver uma sincronização com a realidade, deixando de lado a resistência em quebrar paradigmas e, efetivamente, concretizar o direito ao acesso à justiça, um dos pilares da criação do instituto do *jus postulandi*.

Referências

- BEBBER, Júlio César. **Princípios do Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.
- CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 35ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 36ª ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. revista. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GIANNAKOS, Ângelo Maraninchi. **Assistência judiciária no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- GIGLIO, Wagner D.. **Direito processual do trabalho**/ Wagner D. Giglio, Claudia Giglio Veltri Corrêa. – 16ª ed. rev., ampl., atual. e adaptada. – São Paulo: Saraiva, 2007.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2014.
- _____. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2011.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Temas de Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 27ª Edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2007.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 25ª ed. São Paulo: LTr, 1999.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 17 ed. ver., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Honorários advocatícios no processo do Trabalho: uma reviravolta imposta também pelo novo Código Civil**. Revista Justiça do Trabalho. HS editora. Ano 20, nº 232, Abril de 2003.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. São Paulo, 2009 (edição eletrônica). p. 40-41. Disponível em: <http://www.lulu.com/items/volume_67/8095000/8095567/1/print/AJG-versaoElet-1.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2012.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 236 do TST: HONORÁRIOS PERICIAIS. RESPONSABILIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão relativa ao objeto da perícia. Redação original inserida pela Res. 15/1985, DJ 05, 06 e 09.12.1985. Disponível em: <www3.tst.jus.br/jurisprudência/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-236>. Acesso em 02 set. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Instrução Normativa nº 27 de 2005. Disponível em: <<http://www3.tst.jus.br/DGCJ/instrnorm/27.htm>>. Acesso em: 22 set. 2014.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: set. 2014.

BRASIL. Lei 5.584/70. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5584.htm>. Acesso em: 02 set. 2014

BRASIL. III Diagnóstico Defensoria Pública no Brasil. Ministério da Justiça, 2009. p. 21-22. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag_DefensoriaP.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2012.